

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Helle Bøjen Larsen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2010-0021024

2. september 2010

K E N D E L S E

Merrild Coffee Systems A/S
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Sydjysk Kommuneindkøb
(advokat René Offersen ved advokatfuldmægtig Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 202-290668 af 16. oktober 2009 udbød Sydjysk Kommuneindkøb som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) et sideordnet udbud vedrørende 3 rammeaftaler angående levering af kaffe, te, maskiner og service. De udbudte rammeaftaler vedrørte følgende:

Pakke A omfattede levering af kaffe, te, kakaoprodukter mv.

Pakke B omfattede levering af maskiner.

Pakke C omfattede service på nuværende og nye maskiner.

Denne klage vedrører pakke A og pakke C.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. december 2009 havde indklagede modtaget 6 tilbud på pakke A og 4 tilbud på pakke C.

Den 6. januar 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med BKI foods A/S (herefter BKI) på pakke A og med Cafax Sydjylland ved Hans Lydiksens A/S, Cafax Horsens ved Frank Michaelsen ApS og Cafax Esbjerg ved

MBG ApS (herefter Cafax) på pakke C. Kontrakt på pakke A er indgået, mens der endnu ikke er underskrevet kontrakt for så vidt angår pakke C.

Merrild Coffee Systems A/S blev tildelt kontrakten på pakke B.

Den 15. januar 2010 indgav klageren, Merrild Coffee Systems A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sydjysk Kommuneindkøb. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 4. februar 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 7. maj 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

PAKKE A

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra BKI foods A/S på pakke A i betragtning,

- idet BKI foods A/S ikke oplyste rabatsats og tilbudspris på pakningsstørrelse i tilbuddet,
- idet BKI foods A/S ikke oplyste udgangspunktet for prisregulering,
- idet BKI foods A/S ikke medsendte vareprøve på te, og
- idet BKI foods A/S tilbød lysristet kaffe samt fremsendte lysristet kaffe til smagsprøvningen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Dansk Cater A/S på pakke A i betragtning, selvom tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da blandingsforholdet for Arabica/Robusta ikke fremgik af tilbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets ar-

tikel 2, idet indklagede har gennemført forhandlinger med tilbudsgiverne vedrørende pakke A efter tilbudsfristens udløb.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede under tilbudsevalueringen af pakke A har foretaget tilføjelser i tilbudsgivernes tilbudslister og gennemført en tilbudsevaluering på et mangelfuldt og uigennemsigtigt grundlag.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede har foretaget en tilbudsevaluering af tilbudsgivernes tilbud baseret alene på de varelinjer, hvor alle tilbudsgivere har afgivet tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede ikke har foretaget en tilbudsevaluering af klagerens alternative tilbud på pakke A.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud på pakke C som ukonditionsmæssigt som følge af manglende angivelse af servicepris ved 3 timers responstid.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede har gennemført forhandlinger med Cafax Sydjylland ved Hans Lydiksen A/S, Cafax Horsens ved Frank Michaelsen ApS og Cafax Esbjerg ved MBG ApS på pakke C efter tilbudsfristens udløb.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets ar-

tikel 2 ved at ikke under evalueringen af klagerens tilbud at foretage en vurdering af klagerens alternative tilbud, uagtet det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele pakke A til BKI foods A/S.

Påstand 11

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om tildeling af pakke C til Cafax Sydjylland ved Hans Lydiksen A/S, Cafax Horsens ved Frank Michaelsen ApS og Cafax Esbjerg ved MBG ApS.

Påstand 12

Klagenævnet skal annullere udbudsproceduren for så vidt angår pakke A og C.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og påstand 3 – 12 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 erkendt overtrædelsen.

Sagens omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

»2.11 Alternative bud

Der kan afgives alternative bud. Som alternative tilbud kan der f.eks. afgives tilbud på flydende kaffe.

Alternative bud kan kun komme i betragtning, såfremt der også er afgivet tilbud i henhold til udbudsmaterialet. Alternative bud kan desuden kun komme i betragtning, såfremt de opfylder kravspecifikationens mindstekrav.

...

2.16 Tildelingskriterium

Rammeaftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Syd-jysk Kommuneindkøb økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Delkriterium – Pakke A (kaffe, te og kakao mv.)	Vægtning i procent
<p>Pris: Kriteriet vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers oplysninger i bilag 1 – faneblade "Pakke A (Kaffe)". Det er literprisen tilbudsgiver vil blive vurderet på.</p>	60 %
<p>Kvalitet, herunder vil der blive foretaget en vurdering af: - smagsprøvning (70 %) - indhold og kvalitet af egenkontrol, herunder hyppighed. (15 %) - procedurer for at sikre og kontrollere produkternes kvalitet og friskhed. (15 %)</p> <p>Delkriteriet vurderes således på baggrund af smagsprøvningen og tilbudsgivers beskrivelse af kvalitetskontrol (både egen og ekstern).</p> <p><i>Smagsprøvning</i> I forbindelse med delkriteriet kvalitet ønsker ordregiver at foretage kaffesmagning.</p> <p>Da der er nedsat en brugergruppe til at gennemføre dette udbud vil denne foretage kaffesmagningen.</p> <p>Smagsprøvning forventes foretaget torsdag den 17. december på Aabenraa Rådhus. Tilbudsgiver skal vedlægge vareprøver i henhold til afsnit 3.4. Tilbudsgiver må ikke være til stede i forbindelse med smagsprøvningen.</p> <p>Der er tale om en blindsmagning foretaget af de ansatte der er udpeget til at deltage i brugergruppe. Brugergruppen vil vurdere på duft, farve, smag, bitterhed, fylde og totalvurdering. Der vil blive givet point fra 1-5.</p>	40 %
Delkriterium – Pakke C (Service af maskiner)	Vægtning i procent
<p>Kriteriet vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers oplysninger på bilag 1 – faneblad "Pakke C (Service)".</p> <p>Som det fremgår af tilbudslisten er service vægtet forskelligt:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Den samlede pris for at have adgang til lånema- 	100 %

<p>skine uden vederlag – dvs. en forsikring for at man i forbindelse med at ens maskine er defekt kan få stillet tilsvarende maskine til rådighed. Denne pris vægter med 10 %.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Servicepris ved 3 timers responstid hele døgnet rundt. Nogle institutioner har behov for denne udvidede service og vil derfor vælge denne serviceaftale. Denne pris vægter med 30 %. ▪ Servicepris ved 8 timers responstid indenfor normal arbejdstid man-tors 8-16, fre 8-15. Nogle institutioner kan "nøjes" med denne service og vil derfor vælge en sådan serviceaftale. Denne pris vægter med 60 %. <p>Det er prisen i det grønne felt på tilbudslisten der er afgørende for hvilken tilbudsgiver der tildeles kontrakten. Hvis én tilbudsgiver ikke har udfyldt prisen for én konkret maskine vil den billigste tilbudte pris blive overført til den manglende udfyldelse.</p>	
--	--

...

3. Kravspecifikation Pakke A – Kaffe, te og kakao

...

3.4 Smagstest og vareprøver

Blindsmagning vil blive foretaget af den nedsatte brugergruppe som består af medarbejdere fra de deltagende kommuner.

Der vil ske blindsmagning af to kaffeprodukter og én sortimentskasse med te i breve. De to kaffeprodukter skal være én 100 % Arabica, mellemristet en én Arabica/Robusta, mellemristet.

Smagepanelet blindtester de indkomne produkter, ud fra de vareprøver som tilbudsgiver medsender.

...

Med tilbuddet skal følgende vareprøver medsendes:

- 1000 gram 100 % Arabica mellemristet kaffe.
- 1000 gram Arabica/Robusta mellemristet kaffe.
- Sortimentskasse med te i breve.

Doseringsvejledning skal medsendes.

...

5. Kravspecifikation Pakke C – Service

...

Ordregiver ønsker at tilbudsgiver afgiver priser for både tilkaldetid med 3 timers responstid som døgnservice (kl. 7-22) og 8 timers responstid indenfor normal arbejdstid.

Normal arbejdstid er defineret som mandag til torsdag fra kl. 8 til 16 og fredag fra kl. 8 til 15.

...

Institutionen kan desuden vælge at tegne en ”forsikring” der sikrer, at der vil blive stillet en lånemaskine til institutionens rådighed såfremt maskinen ikke umiddelbart kan repareres. Der er ikke grænse for hvor mange gange i løbet af året en institution kan få brug for sin ”forsikring” og dermed en lånemaskine.

...

Sydjysk Kommuneindkøb ønsker priser på service angivet i tilbudslisten.

- Priserne skal angives uden moms.
- De afgivne priser er inkl. kørsel.
- Serviceprisen er inklusiv timeløn.
- Serviceprisen inkluderer et årligt eftersyn.
- Kalkfilter, sliddele og reservedele er inkluderet i serviceaftalen, således at disse indkøbes og udskiftes for leverandørens regning.

...

Tilbudslisten skal desuden udfyldes med timepriser i forbindelse med udkald til reparation. Disse timepriser anvendes i forbindelse med afregning til en institution der ikke har valgt at have serviceaftale på deres kaffemaskine.

Vi håber tilbudsgiver vil udfylde så meget så muligt af tilbudslisten på pakke C, men er godt klar over at ikke alle serviceleverandører kan tilbyde service på alle maskiner.

...

6.10 Priser

For bestillinger foretaget i henhold til kontrakten gælder de i kontrakt-havers tilbud af [dd.mm.åååå] angivne enhedspriser på nettosortimentet samt rabatsatser på øvrigt sortiment omfattet af udbuddet. Priserne kan reguleres i henhold til pkt. 6.11 Prisregulering.

...

6.11.1 Prisregulering pakke A – Kaffe, te m.v.

Leverandørs priser kan reguleres i henhold til dokumenterede ændringer på 4. termin Arabica og Robusta-kurser + ændringer i US Dollar kurs (ICO standard). Prisregulering kan først ske hvis ændringerne er mere end +/- 0,50 kr. pr. kg.

Priserne i afgivet tilbud er de gældende for uge 45/2009, og leverandør kan prisregulere første gang pr. 1. februar 2010. Herefter kan de reguleres hver 3. måned.

Varsling om prisregulering skal fremsendes til indkøbskontoret i de enkelte kommuner senest 14 dage før ikrafttræden.«

På tilbudslisten for Pakke A havde indklagede anført 36 linjer med kaffe-produkter, 17 linjer med teprodukter samt 16 linjer med øvrige produkter, i alt 69 linjer med produkter. Det fremgik af tilbudslisten, at tilbudsgiverne selv kunne tilføje flere linjer.

Tilbudsgiverne skulle for hver varelinje udfylde kolonnerne »Listepris uge 45/2009 (ekskl. moms)«, »Rabatsats« og »Tilbudspris på pakkings str.«, ligesom »Blandingsforhold i % (hvis relevant)« skulle udfyldes.

På tilbudslisten for Pakke C havde indklagede anført de maskiner, som indklagede ønskede en pris for service på. For hver enkelt maskintype skulle tilbudsgiverne give en pris på »8 timers service inden for normal arbejdstid, Servicepris pr. år«, »3 timers service i tidsrummet 7 til 22, Servicepris pr. år« og »"Forsikring" så institution er sikret lånemaskine«. Tilbudsgiverne skulle herudover oplyse om timepriser på udkald til institutioner, som ikke laver en serviceaftale.

Indklagede besvarede spørgsmål fra tilbudsgiverne under udbuddet. Indklagede afgav blandt andet følgende svar:

»Spørgsmål 1:

I forbindelse med servicepris ved 3 timers respons tid ønsker vi, at I definerer behovet – hvilke type institutioner er der tale om og hvor mange?

Svar på spørgsmål 1:

Det er ikke muligt præcist at oplyse hvor mange institutioner der vil gøre brug af denne service. De institutioner der muligvis vil benytte

sig af en sådan service er institutioner hvor der ikke er alternative muligheder for kaffeproduktion og hvor det er meget vigtigt at kaffemaskinen virker, også udenfor normal arbejdstid. Dette kan f.eks. være et ældrecenter hvor der ofte er mange mennesker til aftenarrangementer.

Spørgsmål 4:

Kaffe til automater anbefales ikke i portionsposer pga. omkostning og miljø til emballage. Automaternes beholder kapacitet er på 1,5 – 2 kg pr. påfyldning – så der anbefales 500 – 1000 g poser. Ønsker I fortsat oplyst priserne på portionsposerne?

Svar på spørgsmål 4:

Hvis tilbudsgiver har mulighed for at afgive pris på portionsposerne så ønskes dette da der på tilbudslisten er anført et forventet køb pr. år.

Spørgsmål 12:

I henhold til tilbudsliste, hvor De ønsker levering i 1000g poser. Såfremt dette ikke kan leveres i 1000g poser, ønskes det oplyst om det har nogen betydning for deltagelse i udbuddet?

Svar på spørgsmål 12:

Det er ikke et krav at samtlige rækker i tilbudslisten udfyldes og det vil derfor ikke medføre udelukkelse hvis en tilbudsgiver ikke har udfyldt rækkerne med 1000 grams poser. I prisfeltet vil 2x500 grams poser blive indsat således, at der fortsat kan foretages en prissammenligning af alle tilbud.

Spørgsmål 19:

Døgnservice (kl. 7.00 – 22.00) – er denne kun gældende for hverdage?

Svar på spørgsmål 19:

Ordregiver kan ikke acceptere en tilbudsgiver der ikke har døgnservice lørdag, søndag og helligdage idet nogle institutioner (f.eks.) ældrecentre) har brug for service også i weekender/helligdage.

Spørgsmål 20:

Kan det accepteres at døgnservice udføres kl. 8.00 – 20.00 på hverdage?

Svar på spørgsmål 20:

Få institutioner vil have brug for service frem til kl. 22. Vi har derfor, og på baggrund af spørgsmål 10, valgt at ændre serviceintervallet fra

kl. 7 – 22 til 8 – 20. Det kan dog ikke accepteres at service kun kan udføres på hverdage.

Spørgsmål 22:

Kolonne N – listepris pr. uge 45

Literprisen I ønsker oplyst til sammenligning – hvordan ønsker I dette oplyst?

Kaffe = pr. kg

Te breve = pr. kg ell. pr. brev ell. pr. pakke eller pr. karton/kolli.

Løs te = pr. kg

Cacao = pr. kg

Filtre og øvrige = pr. enhed ell. karton

Svar på spørgsmål 22:

Prisen i kolonne N skal angives som prisen for den tilbudte pakningsstørrelse.

Det er således kaffeprisen for hhv. 1000 gram, 500 gram, 300 gram osv. På filtre er det prisen pr. pakke (200/500/100/1000 stk.). På te er det stk. pris pr. brev eller på løst te den angivne pakningsstørrelse.

Kolonne N skal indeholde tilbudsgivers listepris i uge 45/2009 uden moms pr. enhed. I kolonne O skrives den rabatsats ordregiver tilbydes og i kolonne P angives ordregivers tilbudspris (listepris minus rabatsats).

Det vil dog være kolonne Q (tilbudspris pr. liter færdigbrygget kaffe) der er afgørende for tildeling af kontrakten.

Spørgsmål 26:

Da man pt. ikke har 3 timers respons ønskes følgende besvaret:

- 1) Hvor mange institutioner ønsker/bruger 3 timers respons i dag?
- 2) Hvilke typer kaffeanlæg de har?
- 3) Er der mulighed for at stille en nød kolbemaskine til rådighed de steder der ønsker 3 timers respons?

Svar på spørgsmål 26:

- 1) Se svaret på spørgsmål 1.
- 2) Det er ikke muligt at fortælle hvilken type kaffeanlæg de institutioner der ønsker tre timers service har idet vi ikke ved hvilke institutioner der ønsker tre timers service.

- 3) Nogle steder vil kunne leve med en nød kolbemaskine, men nogle steder vil ikke kunne acceptere en sådan løsningsmodel fordi der på kort sigt skal brygges kaffe til mange mennesker. Forslaget er således ikke en holdbar løsning.«

Klageren afgav ikke tilbud på 3 timers responstid som døgnservice. Klageren havde vedlagt sit tilbud »Serviceaftalebeskrivelse – nye maskiner«, som bl.a. har følgende indhold:

»Serviceaftalen omfatter/dækker følgende:

- Besøg indenfor 8 arbejdstimer.
mandag – torsdag kl. 8.00 til 16.00
fredag kl. 8.00 til 15.30
- Levering af nødkit/akutservice indenfor 4 timer.
Ved nedbrud udenfor normal arbejdstid fra kl. 8.00 til 16.00 og i weekender tilbyder Merrild Coffee Systems et nødkit indeholder følgende:
 - ❖ 1 kolbekaffemaskine med 2 glaskolber (hurtig brygger 12 kopper = 6 min).
 - ❖ kaffe til ca. 800 kopper kaffe.
 - ❖ Kaffefiltre, tragt til kaffemaskinen.
 - ❖ Brugervejledning.

Nødkit lagres og leveres af 3. part (3x34) og kan leveres indenfor 4 timer efter, at institutionens opkald er registeret.«

Ved mail af 6. januar 2010 meddelte indklagede klageren følgende: »Vi har valgt at erklære jer ukonditionsmæssig fordi I ikke har udfyldt kolonnen med 3 timers service«.

I mail af 18. januar 2010 skrev indklagede til Cafax, at indklagede ville have bekræftet, hvorvidt Cafax havde inkluderet kørsel i timeprisen på 440 kr. Ved mail af 19. januar 2010 oplyste Cafax, at »vi står ved vores tilbud også hvad angår timeløn«.

Efter tilbudsfristens udløb fremsendte indklagede en mail af 11. december 2009 til tilbudsgiverne. I mailen stod der bl.a.:

»Jeg har endnu ikke gennemgået alle tilbud, men har allerede en del spørgsmål i forbindelse med en teknisk afklaring.

Jeg har pt. følgende opklarende spørgsmål:

Til BKI:

- I har ikke medsendt vareprøve på te. Da I forhandler Lipton te går jeg ud fra at I ville have afleveret en sortimentskasse fra Lipton. To tilbudsgivere har allerede gjort dette så BKI behøver ikke eftersende vareprøve på te.

Til Merrild:

- Hvilken pris er oplyst i kolonnen ”Tilbudspris pr. liter kaffe for følgende produkter:
 1. Coffee creamer (pulverfløde) stick (vare 5639)
 2. Kaffefløde ca. 10 % (vare 4246)
 3. Sukker sticks (vare 5638)
 4. 2 stk. krystal sukker (vare 5609)

Jeg ønsker oplyst pris for hhv. 2,5 gram, 7,5 gram, 5 gram og 7,5 kilo.

Ved jer står der 7,5 gr. ud for 2 stk. krystal sukker i ”Tilbudt pakningsstørrelse”. Bekræft venligst, at der skulle have stået ”7,5 kilo”.«

Indklagedes evaluering af prisen på pakke A blev vanskeliggjort af, at ikke alle tilbudsgivere gav en pris på alle de 69 varelinjer, som indklagede havde anført på tilbudslisten. BKI afgav f.eks. kun tilbud på en pose med 500 gram arabica/robusta kaffe til friskbrygautomat, men ikke tilbud på poser med 300 gram, 250 gram, 175 gram og 70 gram.

Indklagede har oplyst, at indklagede i forbindelse med den prisevaluering som førte til tildelingsbeslutningen af 6. januar 2010 indsatte literprisen for 500 grams poser også for så vidt angår de mindre posestørrelser. Da indklagede blev gjort opmærksom på, at en sådan fremgangsmåde ikke var korrekt, lavede indklagede en ny prisevaluering af pakke A. I forbindelse med den nye prisevaluering sammenlignede indklagede kun prisen på de på tilbudslisten anførte 69 varelinjer, hvor alle tilbudsgivere havde afgivet tilbud, dog således at indklagede også i forbindelse med denne evaluering overfør-

te priser fra en vare til en anden vare, såfremt der ikke var afgivet tilbud på den anden vare. Indklagede har oplyst, at prisen kun blev overført fra en vare til en anden vare, såfremt prisen stammede fra en mindre posestørrelse.

Indklagede evaluerede prisen på 49 varer i forbindelse med den anden pris-evaluering. Af disse 49 varer havde indklagede for så vidt angår BKI overført prisen fra 10 andre varer. Alle 49 varer, som blev prisevalueret, var en del af de 69 varer, som indklagede selv havde anført på tilbudslisten. Indklagede evaluerede ikke prisen på de yderligere varer, som nogle af tilbudsgiverne havde skrevet på tilbudslisten.

I mail af 14. januar 2010 skrev indklagede blandet andet følgende til BKI:

»På tilbudslisten har BKI valgt at undlade at udfylde en del varelinier, specielt varelinier med poser med små portionsstørrelser. I min naivitet har jeg blot indsat literprisen for 500 grams poser på disse varelinier, men jeg er blevet gjort opmærksom på, at dette ikke nødvendigvis er korrekt. Jeg kan ikke efter tilbudsfristens udløb rekvirere disse priser, men bliver nødt til at lave en ny prissammenligning hvor jeg ikke har taget hensyn til varer som én eller flere leverandører ikke har udfyldt prisen på. Det var min forventning at manglende udfyldelse skyldes, at tilbudsgiveren ikke havde den angivne portionsstørrelse, men dette har jeg opdaget ikke er korrekt antaget. Det undrer mig, at BKI undlader at udfylde så mange varelinier når produkterne er i sortimentet. Denne nye prisberegning forventer jeg at kunne foretage på mandag. Hvorvidt den har betydning for leverandørvalget kan jeg ikke vurdere på nuværende tidspunkt.«

BKI svarede følgende i mail af 15. januar 2010:

»Vi har udfyldt alle vare linjer vedr. bryganlæg samt kolbemaskiner med pris på posestørrelser. Disse priser kan trækkes ned til friskbryg-automater også, men BKI vil aldrig anbefale at bruge mindre posestørrelser til automater end 500 gram, dette vil bare være en dyrere løsning for jeres brugere, her er det vores konsulentbistand vil komme ind hos jeres brugere, vi vil alle stedet yde den professionelle konsulentbistand at fraråde dette.«

I mail af 23. februar 2010 har BKI oplyst:

»Vores mørk ristede kaffer kan til hver en tid sammenlignes med mellemristet kaffer hos øvrige leverandører, da vi generelt rister vore kaffer noget lysere end øvrige, hvilket også meget tydeligt kan ses, hvis man sammenligner kafferne ved siden af hinanden.

Der findes ikke nogen normer for hvad der mørkristet og hvad der er mellemristet, det er op til den enkelte kafferister at betegne.«

Katja K. Hartvig, jurist i Vejen Kommune, har blandt andet forklaret, at tilbudsgiverne kunne tilføje andre posestørrelser eller andre produkter på tilbudslisten til pakke A. Indklagede evaluated ikke prisen på de yderligere produkter, da indklagede ikke vurderede, at indklagedes forbrug ville gå over på disse produkter. BKI havde vedlagt sit tilbud et billede af en sortimentskasse fra Lipton, hvorfor indklagede var sikker på, at det var en sådan kasse som BKI ville fremsende, såfremt indklagede bad BKI om at fremsende en vareprøve på te. Indklagede kunne selv have regnet klagerens kartonpris ud for de i indklagedes mail af 11. december 2009 anførte 4 varer på baggrund af oplysningerne i klagerens tilbudsliste. Nødkitløsningen fra klageren kunne indklagede ikke anvende, allerede fordi det var en 4-timers løsning, der ikke blev betragtet som et alternativt tilbud, da det ikke var konditionsmæssigt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra BKI var ukonditionsmæssigt og derfor ikke skulle have været taget i betragtning, da BKI ikke havde udfyldt kolonnerne »Rabatsats« og »Tilbudspris på paknings str.« i tilbudslisten til pakke A, og BKI ikke havde oplyst basiskursen for prisregulering i tilbuddet, ligesom BKI ikke havde vedlagt sit tilbud en vareprøve på en sortimentskasse med te i breve, og endelig havde BKI ikke tilbudt lysristet kaffe samt fremsendt lysristet kaffe som vareprøve.

Indklagede har bestridt, at tilbuddet fra BKI var ukonditionsmæssigt. Det var ikke et krav, at tilbudsgiverne udfyldte kolonnerne »Rabatsats« og »Tilbudspris på paknings str.«. Der var heller ikke i udbudsbetingelserne krav om, at udgangspunktet for prisregulering skulle oplyses. Indklagede fandt

det ikke nødvendigt, at BKI eftersendte en sortimentskasse med te, da to andre tilbudsgivere allerede havde fremsendt en sortimentskasse med den te, som BKI tilbød. Det vil være unødigt formalistisk, såfremt tilbuddet fra BKI skulle have været afvist grundet den manglende sortimentskasse med te. BKI oplyste i sit tilbud, at vareprøverne var mellemristede, og indklagede var ikke forpligtet til at kontrollere oplysningerne fra BKI herom.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Dansk Cater A/S skulle have været afvist, da blandingsforholdet for kaffesorterne ikke var oplyst i tilbuddet.

Indklagede har erkendt, at tilbuddet fra Dansk Cater A/S skulle have været erklæret ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af indklagedes mails af 11. december 2009 og 14. og 15. januar 2010, at indklagede efter tilbudsafgivelsen forespurgte BKI om priser og sortiment, hvilket har givet denne tilbudsgiver mulighed for justeringer i tilbuddet.

Indklagede har bestridt at have ført forhandlinger med tilbudsgiverne. Indklagede havde efter tilbudsafgivelsen behov for at stille afklarende spørgsmål af præciserende og supplerende karakter, og tilbudsgiverne har ikke kunnet ændre i det allerede afgivne tilbud, men blot konkretisere dette.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det af de fremlagte tilbudslister fremgår, at indklagede har udfyldt felter i tilbudslisterne, som tilbudsgiverne ikke havde udfyldt, og at indklagede har foretaget en tilbudsevaluering på et mangelfuldt og uigennemsigtigt grundlag.

Indklagede har gjort gældende, at varelinjer, hvor én eller flere tilbudsgivere ikke afgav pris, ikke er sammenlignet, medmindre det drejede sig om en varelinje, hvor prisen for en mindre posestørrelse har kunnet indsættes. Det er berettiget at indsætte prisen på den mindre posestørrelse

de steder, hvor en tilbudsgiver ikke tilbød en konkret posestørrelse, da en institution almindeligvis vil indkøbe den posestørrelse, der er et nummer mindre, hvis tilbudsgiveren ikke har eller har tilbudt den ønskede posestørrelse.

Ad påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klageren har gjort gældende, at resultatet af, at indklagede evaluerede prisen på 49 ud af 69 varelinjer var, at det tilfældigt, hvilke varelinjer der er sammenlignet, da det afhænger af, om alle tilbudsgivere har udfyldt de samme varelinjer.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt de udbudsretlige principper ved at have undladt at evaluere prisen for alle 69 varelinjer. De 20 varelinjer, som ikke er evalueret, repræsenterer et meget begrænset forbrug af produkter. Det er således kun 2 % af kaffeforbruget, der ikke blev prissammenlignet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at det strider mod udbudsbetingelserne og mod de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, at indklagede ikke evaluerede de 32 alternative produkter, som klageren tilbød.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud på yderligere produkter ikke kan betragtes som et alternativt tilbud. Indklagede opfattede klagerens alternative produkter som ekstra produktlinjer og ikke som alternative tilbud.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var ukonditionsmæssigt, idet angivelse af servicepris ved 3 timers responstid ikke var et mindstekrav.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke indeholdt en service med 3 timers responstid, og da det efter udbudsbetingelserne var et mind-

stekrav, at tilbud skulle indeholde denne service, var indklagede forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at der efter tilbudsafgivelsen har fundet forhandlinger sted mellem indklagede og Cafax, der går videre end blot tekniske afklaringer.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er ført forhandlinger med Cafax.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at klageren som alternativ til service med 3 timers responstid har tilbudt levering af et nødkit. Indklagede har afvist tilbuddet. Indklagede skulle i stedet have taget klagerens tilbud om nødkit i betragtning, da en løsning med nødkit opfylder kravene i udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsretlige principper ved ikke at have vægtet klagerens tilbud om et nødkit.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning på pakke A skal annulleres, da tilbuddet fra BKI foods A/S var ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning på pakke C skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har begået fejl der kan begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået væsentlige fejl i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet og ved evalueringen af de indkomne tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at annullere et afsluttet udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår hverken af udbudsbetingelserne eller af indklagedes svar på tilbudsgivernes spørgsmål, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne udfyldte kolonnerne »Rabatsats« og »Tilbudspris på paknings str.« i tilbudslisten til pakke A, eller at tilbudsgiverne skulle oplyse et udgangspunkt for den fremtidige prisregulering. Disse dele af påstanden tages derfor ikke til følge.

BKI foods A/S fremsendte ikke som krævet i udbudsbetingelserne en vareprøve på en sortimentskasse med te i breve, hvorfor indklagede var berettiget – og forpligtet – til at afvise tilbuddet fra BKI foods A/S. Denne del af påstanden tages derfor til følge.

Mailen af 23. februar 2010 fra BKI foods A/S om normer for, hvad der er mørkristet, og hvad der er mellemristet kaffe, giver ikke grundlag for en konstatering af, at vareprøverne på kaffe fra BKI foods A/S ikke opfyldte kravet om, at de skulle være mellemristede. Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, som klageren har anført, tages påstanden, som indklagede har erkendt, til følge.

Ad påstand 3

Indklagedes e-mail af 11. december 2009 og e-mail af 14. januar 2010 dokumenterer, at indklagede har ført forhandlinger med tilbudsgiverne efter

tilbudsfristens udløb. Klagenævnet har herunder blandt andet konstateret, at den af klageren i tilbudslisten oplyste pris for en kasse på 7,5 kg med »2 stk. krystal sukker« (1070 pakker á 0,11 kr.) ikke er identisk med den pris, som indklagede har anvendt under evalueringen. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har evalueret prisen på 49 af de 69 produkter, som indklagede havde anført på tilbudslisten. For så vidt angår 10 af de 49 varelinjer har indklagede for så vidt angår BKI foods A/S anvendt den tilbudte literpris på en af de andre tilbudte varer. Det fremgår af tilbudslisterne, at indklagede også for så vidt angår andre tilbudsgivere har overført literprisen fra en vare eller varelinje til en anden.

Det fremgår, at indklagede ved den 1. prisevaluering og den 2. prisevaluering anvendte samme priser for BKI foods A/S for så vidt angår kaffe til friskbrygautomat, med blandingen Arabica/Robusta. BKI foods A/S afgav således ikke tilbud på posestørrelserne 300 g, 250 g, 175 g og 70 g. Der er ikke under klagenævnets behandling af sagen fremkommet oplysninger om, hvorfra de anvendte priser stammer.

Indklagede har oplyst, at indklagede kun har indsat priser for andre varer i det tilfælde, hvor det var muligt at indsætte prisen for en mindre posestørrelse. Det fremgår af indklagedes prisevaluering, at indklagede for så vidt angår løs te, sort te og løs te, frugt te, har anvendt prisen pr. liter fra henholdsvis 500 g og 250 g poser i forbindelse med evalueringen af prisen for en 1000 g pose.

Som følge af det anførte har indklagedes evaluering af prisen i det mindste været uigennemsigtig, og påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat, at der kunne afgives alternative tilbud, og at alternative tilbud kun ville blive taget i betragtning, hvis tilbudsgiveren også afgav tilbud på den vare, der er anført i udbudsbetingelserne. Klageren har i sit tilbud afgivet tilbud på 59 af de varer, som indklagede efter udbudsbetingelserne indhentede tilbud på, men klageren har ved i sit tilbud at anføre yderligere 32 varer tilsigtet at afgive tilbud på disse 32

varer som alternative tilbud i forhold til de varer, som var anført i udbudsbetingelserne. Da klageren imidlertid ikke i sit tilbud har anført, hvilke af de 59 varer hver af de 32 varer præcist var alternativ til, opfylder klagerens tilbud ikke de krav, der efter udbudsbetingelserne og i øvrigt efter EU-udbudsretten stilles til indholdet af alternative tilbud. Indklagede har derfor været forpligtet til at afvise klagerens alternative tilbud, og indklagede har følgelig ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at foretage en vurdering af de alternative tilbud i relation til underkriteriet »pris« som anført i denne påstand. Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 7

Det fremgår af udbudsbetingelserne, herunder indklagedes svar på spørgsmål 19, 20 og 26, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne kunne tilbyde service på kaffemaskiner såvel på hverdage fra normal arbejdstids ophør til kl. 20.00 og ligeledes på lørdage, søndage og helligdage. Da klageren ikke tilbød denne service, var indklagede forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet finder ikke, at indklagedes forespørgsel i mail af 18. januar 2010 til Cafax og svaret herpå har karakter af, at der er ført forhandlinger med dette selskab. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 9

Under hensyn til klagenævnets afgørelse ad påstand 7 tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 10

Efter klagenævnets afgørelse ad påstand 1 – 4 og karakteren og betydningen af de konstaterede overtrædelser tages påstanden til følge.

Ad påstand 11

Under hensyn til klagenævnets afgørelse ad påstand 7 – 9 tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 12

Under hensyn til klagenævnets afgørelse ad påstand 7 – 9 og klagenævnets præmisser ad påstand 10 tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra BKI foods A/S på pakke A i betragtning, idet BKI foods A/S ikke medsendte vareprøve på te.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Dansk Cater A/S på pakke A i betragtning, selvom tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da blandingsforholdet for Arabica/Robusta ikke fremgik af tilbuddet.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede har gennemført forhandlinger med tilbudsgiverne vedrørende pakke A efter tilbudsfristens udløb.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede under tilbudsevalueringen af pakke A har foretaget tilføjelser i tilbudsgivernes tilbudslistes og gennemført en tilbudsevaluering på et mangelfuldt og uigenomsigtigt grundlag.

Ad påstand 10

Indklagedes beslutning af 6. januar 2010 om at indgå kontrakt med BKI foods A/S på pakke A annulleres.

Indklagede, Sydjysk Kommuneindkøb, skal i sagsomkostninger til klageren, Merrild Coffee Systems A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 6 – 9 og 11 – 12.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig